Archiv
für die
civilistische Praxis.

XVII.

Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?

Von Herrn Professor Zimmern in Heidelberg.

Zur Erwerbung affirmativer Servituten werde Besitzeinweisung erfordert, und bloßer Vertrag genüge nicht. Diese Meinung war und ist so allgemein verbreitet, daß noch die neuesten Lehrbücher des s. g. Pandektenrechts einer abweichenden Ansicht nicht einmal gedenken [1]). Und doch war schon seit lange von Savigny [2]) behauptet worden, daß allerdings Vertrag genüge, welche Meinung ihrerseits — was nicht minder auffallend ist — in andern Schriften neuerer Zeit so vorgetragen wird, als wäre sie eine der herrschenden und anerkannten [3]). Sogar so weit ist man bereits gegangen, die

1) Thibaut 6te Ausg. §. 621, *E.* — *Mühlenbruch* doctr. Pandect. §. 400: „Si pactionibus constituitur servitus, in affirmativis quidem servitutibus quasi traditio necesse est accedat." Wening Bd. 1. B. 2, §. 92; erst in der 2ten Aufl. dieses Bandes ist die, dem Verf. inzwischen zugekommene Dissertation von Schmidtlein, als dissentirend angeführt. — Schweppe macht aber eine Ausnahme, s. Note 3.

2) Besitz, 3te Aufl. S. 502, Note; S. 511, Note; 4te Aufl. S. 447 und 454.

3) Z. B. Mackeldey Institt. §. 338. u. §. 347. Roßhirt Grundlinien des R. Rechts, Heidelb. 1824, nahm p. 191 die Theorie ebenfalls an mit der Bemerkung, daß die Neueren ver-

Verträge selbst einzutheilen in solche, die obligatio, und andere, die dingliches Recht erzeugen [4]), nämlich auch Pfandrecht, emphyteutisches, superficiarisches Recht. Obgleich ohne die zwey bekannten Stellen in Justinians Institutionen (§. 4. J. de serv. §. 1. de usufr.), daß, wer vicino ein jus, oder wer einen ususfructus unter Lebenden bestellen wolle, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, die neue Meinung nie entstanden wäre, so scheint allerdings eben in diesen Worten ein genügender Beweis für die Wahrheit derselben zu liegen. Um so auffallender ist es, daß man in früherer Zeit, wie z. B. in den Commentaren [5]) über Justinians Institutionen, mit so großer Leichtigkeit über die Sache hinweggegangen ist. — Die Glosse nimmt den Text wörtlich, und bemüht sich, wie viele spätere Erklärer, z. B. selbst Cujacius [6]), nur die Schwierigkeit zu heben, die in Erwähnung der pacta neben den stipulationes liegt. Insofern gehört also die Meinung, daß Servituten durch Vertrag entstehen können, nicht einmal ausschließlich der neuern Zeit an [7]), obgleich sie so wenig eine gehörige Begründung gefunden hatte, als die ent-

---

schieden gelehrt haben, erklärt aber p. 608 nachtragsweise, daß er gerade durch Schmidtlein zweifelhaft geworden sey. Endlich Schweppe, Privatr. §. 304, ist unbedingt Savigny's Meinung, und bemerkt, daß man bisher das Gegentheil annahm.

4) Burchardi System des R. Rechts im Grundrisse, Bonn 1823, p. 30. Er hält es überhaupt für unrichtig, die Theorie der Verträge blos ins Obligationenrecht zu stellen. Allein z. B. im Ehevertrag geht der Vertragsbegriff so wenig dem Rechtssystem etwas an, als bey dem Vertrag, mit einander spazieren zu gehen. Doch ist hier nicht der Ort, über solche Begriffe zu rechten.

5) So wird z. B. auch in Glücks großem Commentar über die von den Servituten handelnden Pandectentitel die Schwierigkeit gar nicht berührt.

6) Ad Africani leg. 33. de S. P. R (8, 3), opp. T. I.

7) Vergl. namentlich *Bachov* ad Instit. Lib. 2, Tit. 3

gegen stehende Meinung. Vinnius [8]) ist fast der einzige, welcher sich über die Institutionenstellen etwas ausführlicher erklärt, mit der Bemerkung: „Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video D. Bachovium in ea esse *haeresi*, ut existimet, nudis pactionibus et promissionibus solis servitutes praediales plene perfecteque constitui atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem — *quo quidem ego nihil unquam audivi, quod a ratione et auctoritate juris magis abhorreat*.“ Bey so bewandten Umständen war die Schrift [9]), welche kürzlich den Gegenstand ex professo behandelt hat, gewiß eine sehr erfreuliche Erscheinung; und man mag nun den hier betretenen Weg für den rechten halten oder nicht: jeden Falls verdient der Verfasser Dank, daß er eine wichtige Frage mit Herzhaftigkeit und Ernst besprochen hat, über die man bisher mit unbegreiflicher Oberflächlichkeit hinweggegangen war. Gleichzeitig mit ihm hat auch Dü Roi in einer, für unsre Wissenschaft äußerst fruchtbaren Abhandlung, unter andern jene Frage berührt [10]), aber nach meinem Urtheil ebenfalls nicht völlig befriedigend gelöst.

Allgemein anerkannt ist die Analogie der Servituten und des Eigenthums (dominium juris und corporis). Jene involviren einen Theil der Rechte, die im Eigenthum als der Totalität zusammengefaßt sind. Die Römer haben daher eben so eine vindicatio rei, wie juris gestattet, den Begriff des Besitzes und der possessorischen Interdicte auch bey den Servituten zugelassen, und selbst davon, daß sie oder einige in älterer Zeit durch usucapio entstehen konnten, haben wir Spuren [11]), so wie es bekannt genug ist, daß ein Analogon

8) Ad Institt. eod. tit. §. 4. nr. 2.

9) *E. J. Schmidtlein* de servitutibus per pactum constituendis, Gotting. 1823, 8

10) In diesem Archiv B. 6. H. 2. nr. XIV, H. 3. nr. XVIII. Vergl. H. 2. S. 264 — 286.

11) Wenigstens die bekannte. L. 4. §. 29. D. de usuc. (41, 3.)

der langjährigen Ersitzung auch bey den Servituten aufkam. Auf jeden Fall aber mußten in früherer Zeit die Servituten eben so wie das Eigenthum durch in jure cessio oder mancipatio (letztere war nur bey den rusticis zulässig) bestellt werden [12]), und daß wiederum wie wenn Eigenthum, so auch wenn vom Nichteigenthümer eine Servitut bestellt werden wollte, ebenfalls actio Publiciana angestellt werden darf, und daß wenigstens zu diesem Zweck hier wie dort Tradition wesentlich sey, ist bis jetzt noch von Niemand in Abrede gestellt worden. Im Gegentheil sollen nach der neuen Theorie jene Stellen, welche Tradition zur Bestellung einer Servitut fordern, auf die Weise erklärt werden. Würde es nun nicht aus der Analogie herausfallen, wenn die Entstehung der Servitut selbst als jus geradezu durch Vertrag möglich wäre? Sollte der Grundsatz: »dominia rerum non nudis pactis transferuntur« [13]) nicht ein allgemeiner seyn für das dominium rei corporalis und incorporalis? — Die bekannten Worte des Paulus [14]): »Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum rel.«, enthalten freylich keinen entscheidenden Beweis. Schmidtlein (p. 111) meint: »Paulus melius egisset, si hac in lege servitutes omnino intactas reliquisset;« indessen Paulus sagt ja nicht: *Conventionum* oder *pactorum* substantia non in eo consistit u. s. w., sondern *obligationum*. Die obligatio ist eine Tochter des Vertrags, und eben so wie sie auch andere Erzeuger haben kann, z. B. Delict, so könnte wohl auch der Vertrag noch andere Kinder haben, so daß aus dem von Paulus angegebenen Inhalt der obligatio noch nicht folgt, daß aus dem Vertrag nur eine obligatio entstehe. — Schmidtlein (p. 36) beruft sich

12) Gaj. II, 29—33. Ulp. XIX, 11. Vatic. fragm. §. 45.

13) L. 20. C. de pact. (2, 3.)

14) L. 3. pr. de O. et A. (44, 7.)

namentlich auf das Pfandrecht, und ob zu dem Vertrag, der emphyteutisches oder superficiarisches Recht gibt, Tradition hinzukommen müsse, darüber ist man noch keineswegs einig. Daß aber alle diese Rechte nicht den Servituten analog sind, hat Dü Roi (in der angef. Abh.) wohl hinlänglich dargethan. Ich kann indessen hier in jedem Falle von dem emphyteutischen und superficiarischen Rechte absehen, weil die Frage, ob dabey Tradition erforderlich sey, nicht ausdrücklich in den Quellen beantwortet wird, so daß also diejenigen, welche diese Rechte mit den Servituten in Parallele stellen zu müssen glauben, den umgekehrten Weg zu gehn, und aus dem, was bey Servituten gilt, die Antwort für die Emphyteusis und Superficies zu entnehmen haben. So hat man z. B. eine Entstehung dieser Rechte durch acquisitive Verjährung nach Analogie der Servituten angenommen, und wer diese Verjährung hier, z. B. bey dem Usufructus, läugnen wollte, den könnte man ohne Zirkelschluß nicht dadurch widerlegen, daß man sich auf die Zulässigkeit derselben bey der Emphyteusis beruft. — Dahingegen haben wir freylich für die Zulässigkeit der actio hypothecaria ohne vorangegangene Tradition die entschiedensten Zeugnisse. Ich will nicht einwenden, daß der Grund der Realversicherung im Mangel an persönlichem Vertrauen liege, und folglich, eben wegen dieses Mißtrauens von der andern Seite, die Uebergabe der zu verpfändenden Sache unterbleiben könnte. Ich will nicht einwenden, daß hier nur ex jure Praetorio dingliches Recht entstehe [15], mithin durch solche Analogie zu viel, folglich nichts bewiesen werde, weil grade zum prätorischen Schutz der Servituten Tradition nöthig seyn

15) Wenn man auch mit Löhr (Magaz. B. 1. H. 1. nr. IV, B. 3, H. 4, S. X—XIII.) die actio in rem des Faustpfandgläubigers aus dem Civilrecht ableiten dürfte, so ist ja hier von dem ohne Tradition entstehenden dinglichen Rechte, also von der, durch das bloße pactum hypothecae entstehenden, mithin auf jeden Fall prätorischen (§. 7. J. et Theoph. de actionn.) dinglichen Klage die Rede.

soll! Aber mit Dü Roi erwiedre ich, daß überhaupt das Pfandrecht nicht mit den Servituten verglichen werden kann. Hier wird gesagt, daß res servit, einzelne im Eigenthum liegende Dispositionsrechte sind in dritte Hand gegeben, der Eigenthümer ist in der Verfügung über die Sache selbst beschränkt. Dagegen der Pfandgläubiger hat kein Recht über die Sache selbst zu verfügen, keine pars dominii, kein s. g. jus in re in dem Sinne, wie die Römer das Wort jus schlechtweg (jus in re ist kein Kunstausdruck [16])) gebrauchen, völlig synonym mit Servitus — sondern der Pfandgläubiger ist nur zu gewissem Zwecke Procurator des Verpfänders, aber in rem suam: nämlich insofern, als es der Zweck der Sicherstellung und Befriedigung wegen seiner Forderung erheischt. Er vindicirt nicht, wie der, welchem eine Servitut zusteht, das jus (si paret *hoc jus* meum esse), sondern er vindicirt die Sache selbst, die res corporalis, statt des Eigenthümers, eben so wie er auch, obgleich nicht Eigenthümer, dennoch die Sache selbst veräußert [17]), und dabey so gewiß nur als Stellvertreter des Eigenthümers handelt, daß bekanntlich nur dieser, nicht jener, für Eviction haftet. Der actio hypothecaria liegt also nur die Behauptung zum Grunde, daß der Kläger vom Eigenthümer das Recht ableite, statt desselben sich den Besitz zu verschaffen. Denn daß am Ende er, der Gläubiger, besitze, wird durch den oben erwähnten Zweck nothwendig, und eben dieses Zweckes wegen hat auch er die, außerdem nur dem bestohlenen Eigenthümer zustehende, condictio furtiva [18]). Aus demselben Grunde hat auch der Pfandgläubiger

16) Dü Roi a. a. O. S. 417. S. auch *Mühlenbruch* Pand. Vol. I. §. 78. Nota 5.

17) Grade in der Verbindung, daß „et qui dominus non sit alienare possit", wird dessen bey Gajus (II, 62, 64) gedacht, und so auch in §. 1. J. quibus alienare licet vel non (2, 8).

18) L. 12. § 2. de cond. furt. L. 22, pr. D. de pign. act. vgl. mit L. 1. D. de cond. furt.

die possessorischen Interdicte, ohne daß der Verpfänder den Besitz verliert, den er vielmehr durch seinen Stellvertreter ausübt, obgleich, weil er dem Pfandgläubiger die Interdicte selbst überlassen muß, der Besitz nur in Hinsicht auf usucapio nützt. Durch diese rein civilistische, oder, so zu sagen, innere Erklärung [19]), wird die aus dem Mißtrauen entnommene [20]), blos äußere, entbehrlich. Nur auf diesem Wege war es auch zu erklären, daß gegen die Analogie des Eigenthums und der Servituten nur noch das von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt das an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit hatte, wenn auch der Erwerber in bona fide war, und daß die Klage nicht die Publiciana, sondern die Serviana ist [21]). Nämlich das Pfandrecht ist ja eben kein selbstständiges, sondern blos das Recht, alle die zur Wahrung des Besitzes und zur Befriedigung durch Alienation nöthigen Schritte zu thun, die der Verpfänder hätte thun dürfen; die a. hypothecaria oder Serviana ist nur des Verpfänders Klage (utilis vindicatio), die, vom Pfandgläubiger angestellt, jenen auf den Urheber oder auf den Namen des Verhältnisses selbst hinweisenden Namen trägt. Steht also dem Verpfänder wenigstens a. Publiciana zu, so kann der Pfandgläubiger auch diese utiliter anstellen, die dann eben so gut Serviana heißen muß, als die im Namen des wirklichen Eigenthümers angestellte s. g. rei vindicatio. Wo nun aber der Verpfänder nicht einmal eine Publiciana actio hat, da kann auch bey dem Pfandgläubiger keine Klage, mit andern Worten, da kann auch kein Pfandrecht entstehen. Bey verpfändeter Forderung gilt nichts Abweichendes, sondern der Pfandgläubiger hat wiederum nur die Klage des Verpfänders, also die persönliche gegen den Schuldner. Folglich ist das Pfandrecht keineswegs ein dingliches Recht, oder,

---

19) Dü Roi a. a. O. S. 404.

20) S. indessen auch Savigny Besitz S. 251 fgg. (4te Aufl.)

21) Dü Roi a. a. O. S. 403.

wie man mit Rücksicht auf die oppignoratio nominis auch sagt, gewöhnlich dingliches Recht [22]) im selbstständigen Sinne des Wortes, sondern [23]) es ist (wenn es darauf ankömmt, eine Definition zu fertigen) das Recht zu seiner Sicherstellung oder Befriedigung, in Bezug auf ein gewisses Object die Klagen anzustellen, oder die Veräußerungen vorzunehmen, zu welchen unmittelbar nur der Schuldner berechtigt ist, von dem man diese Befugniß ableitet. Ist das Recht dieses Concedenten ein s. g. dingliches, dann übt freylich auch der Pfandgläubiger ein dingliches Recht aus, aber wo nicht — nicht! Kann man nun die Ausübung eines fremden dinglichen Rechtes, wenn auch zu eignem Vortheil, selbst wieder als ein neues eigenes dingliches Recht ansehen? Daß aber jene Derivation auf dem Wege eines bloßen Vertrags möglich ist, ist nicht allein nicht auffallend, sondern der Analogie so vollkommen gemäß, daß für das Gegentheil nur äußere politische Gründe sprechen könnten. Wie jede Cession einer Obligation durch mandatum der Klage realisirt oder diese schon utiliter angestellt wird, wie zur Cession einer Vindication keine Tradition der Sache erforderlich ist [24]); eben so enthält die Verpfändung nur ein solches mandatum agendi et alienandi, so daß es auch consequent ist, daß neben dem Pfandgläubiger der Eigenthümer gleichfalls vindiciren kann, nur aber in der Collision nachstehen muß. Zugleich ist des Verpfänders Concession nur eine bedingte, so daß sie um so weniger vermittelt werden muß durch irgend eine Tradition, die bey definitiver ganzer oder theilweiser Ueberlassung eines Rechts an der Sache selbst (Eigenthum, Servitut) allerdings erfordert werden mag. Freylich sprechen politische Gründe für möglichste Publicität der Schritte, wodurch das Recht zur Vindication

22) Thibaut § 650.

23) S. auch Wening Buch 2, §. 125.

24) Mühlenbruch Cession S. 204 fgg.

in andere Hände kömmt, und dieses mag ursprünglich den Grundsatz veranlaßt haben, daß Eigenthum oder Servitut nur vor Gericht (in jure cessio), oder doch vor vielen Zeugen (mancipatio) bestellt werden, und daß höchstens erst ein eine Zeitlang fortgesetzter Besitz (usucapio) die mangelnde Form ergänzen könne. Wenigstens, wenn man die Unterscheidung zwischen mancipi und nec mancipi res zu einer ursprünglichen machen will, galt der Grundsatz bey den Italischen Grundstücken, bey Sclaven und Lastthieren auf jeden Fall von jeher. Mit bloßer Tradition begnügte man sich erst bey nec mancipi res und im Justinianischen Recht freylich bey allen Sachen, aber nudum pactum reichte nie hin. Allein bey Verpfändungen hat der ganz abweichende Character des Verhältnisses schon frühe zu der Zulässigkeit der a. hypothecaria ohne vorangegangene Tradition führen können, und daß selbst der alte contractus pignoratitius Tradition erheischt, hatte andere Gründe, nämlich Specialität des Pfandrechts und möglichste Sicherstellung des Pfandgläubigers, ohne ihm gerade durch contracta fiducia Eigenthum zu geben. Nämlich die Tradition wurde ja nicht etwa blos zur Begründung des s. g. dinglichen Rechts, sondern auch der obligatorischen Verhältnisse zwischen Pfandgläubiger und Schuldner erfordert. Ja es ist denn doch wohl anzunehmen [25]), daß erst durch prätorisches Recht, und nachdem das pactum hypothecae schon bekannt war [26]), dem Pfandgläubiger auch in rem zu klagen gestattet worden ist, so daß insofern die Nothwendigkeit der Tradition beym contractus pigneratitius mit der erst später entstandenen Dinglichkeit des Rechts noch weniger in Zusammenhang gebracht werden darf. Ja gerade die civilistische Consequenz hat es möglich gemacht,

---

25) Das Bedürfniß mußte grade bey der Hypothek hervortreten, wo man nicht, wie beym Faustpfand, im Stande ist, sich seinen Besitz selbst zu wahren und durch Interdicte zu schützen.

26) Schon bey Cic. ad div. 13. ep. 56 wird seiner, freylich in einer Provinz, gedacht.

daß der so gefährliche Grundsatz einer blos vertragsmäßigen, durch keine äußerlich erkennbare Handlung ausgesprochenen Entstehung des Pfandrechts und der dinglichen Klage aufkam; daß also — da unsre öffentlichen Inscriptionen den Römern fremd waren — die Nothwendigkeit der Publicität sammt der (durch das Faustpfand bedingten) Specialität des Pfandrechts im Römischen Rechte nicht zu finden ist, wie denn auch, als sogar immer mehr pignora tacite contracta und Pfandprivilegien aufkamen, das Hypothekensystem von der Seite aus eine wahre partie honteuse des Röm. Rechts geworden ist.

Die vertragsmäßige Bestellung der Servituten soll aber civilistisch so zusammen hängen, daß der Vertrag an die Stelle der unpractisch gewordenen in jure cessio getreten sey [27], und Schmidtlein glaubt geradezu, in der in jure cessio sey der Vertrag eingeschachtelt, welcher Kern geblieben, nachdem die symbolische Hülle durch den zur Formlosigkeit tendirenden Geist der Zeit abgestreift worden sey. Denn so ist es ja wohl gemeint, wenn es p. 76—78 heißt: »Nil magis consequens esse potuit, quam formarum civilium, quibus dominium quiritarium et servitutes quiritariae exoriebantur, inquirere naturalem substantiam, et eam deposita civili substantia assumere servitutes bonitarias constituendi formam. Mancipationis pars naturalis autem est traditio, in jure cessionis pactum« u. s. w. »In jure cessionis, quae est constituendi servitutes quiritarias modus generalis, pars naturalis i. e. pactum certe etiam in servitutibus bonitariis constituendis fieri debuit modus generalis. Quae cum ita sint, quid juxta pactum faciat traditio? Omnino inane fuisset requisitum, cum jam pacto solo jus servitutis esset ortum (!)«. Kaum wagt man es, in dieses poetische Helldunkel das Licht nüchterner Prosa zu tragen. Doch sind wohl einige Fragen resp. Bemerkungen erlaubt. Warum soll nicht wenigstens bey den

27) Savigny oben Note 2. cit.

juribus praediorum rusticorum, die durch Mancipation entstehen konnten, die Nothwendigkeit einer nuda traditio übrig geblieben seyn? Schmidtlein gibt keine andere, als die Antwort (p. 78): »Hujus rei omnino nulla adfuisset ratio.« Ferner ist in der in jure cessio nicht ebenfalls eine statt vor Privatzeugen vor Gericht veranstaltete Tradition enthalten? [28]) Wenigstens wird das Ergreifen der Sache von Seiten dessen, dem cedirt werden soll, erfordert (rem *tenens* bey Gaj. II, 24), und obgleich die in jure cessio auf fingirtem Vindications-Proceß beruht, so muß doch der Vertrag, wie Verkauf rc., oder der gegenseitige Entschluß, welcher die Veranlassung gibt, zum Prätor hinzugehn und dort eine bloße Scheinvindication vorzunehmen, vorangegangen seyn, so daß das Verfahren in jure nur eine Realisation des auf Ueberlassung des Eigenthums, der Servitut, gerichteten gemeinsamen Willens enthält, und sollte mithin jenes Verfahren, seinem Wesen nach, nicht die Uebergabe selbst und keineswegs wieder einen Vertrag vorstellen? Geht ja doch die in jure cessio immer parallel mit der mancipatio, und dient die usucapio als Erwerbung durch Fortsetzung des Besitzes zur Ergänzung der nicht gehörigen in jure cessio sowohl, als mancipatio? — Wenn aber die Feyerlichkeit der in jure cessio untergegangen ist, wie sollte der bloße Vertrag an die Stelle treten, wo vorher Uebergabe nöthig wäre? Denn auf jeden Fall erhielt doch auch bey der in jure cessio

---

28) Schmidtlein, p. 92, Note 32, meint es darum läugnen zu dürfen, weil von jeher auch res incorporales in jure cedirt werden konnten. Allein ist nicht auch die Form der Mancipation zu Zwecken gebraucht worden, wo es auf Tradition nicht ankam? Und ist es überhaupt ein richtiger Schluß, daß darum, weil man auch Translationen andrer Art durch fingirten Proceß bewirken konnte, die Translation der körperlichen Dinge durch in jure csssio keine Tradition involvire? Grade hier, so wie bey der manumissio durch vindicta, beweist die Art des Verfahrens, daß eine wirkliche Tradition darin enthalten ist.

derjenige, welchem cedirt worden ist, die vorher nicht besessene Sache nunmehr in seinen Besitz, und trug sie, wenn er konnte, mit sich fort! Warum der Sprung von in jure cessio (resp. mancipatio) zum bloßen Pactum, da der Gedanke an Tradition so nahe liegt — da das Erforderniß der Tradition zum prätorischen Schutze so unmittelbar darauf hinwies — da man ja auch beym Eigenthum nicht den Vertrag, sondern die Tradition an die Stelle der in jure cessio so gut wie der mancipatio hat treten lassen? — Man wird nicht erwiedern, daß ausdrückliche Zeugnisse die Tradition bey Servituten für unmöglich erklären [29]! Eben so wird auch der Besitz der Servituten verworfen [30], und dennoch eine juris quasi possessio zugelassen; die in rem actio definirt als eine Klage per quam rem nostram petimus [31], und dennoch wiederum in andern Stellen als eine Klage über res und jus, oder über res corporales und incorporales [32]. Auf jeden Fall wird s. g. quasi traditio der Servituten ausdrücklich anerkannt, sie mag nun durch Induction in das dienende Grundstück, oder durch Ausübung mit Wissen des Concedenten (usus, patientia) realisirt werden [33]. Wenn man auch erwiedern dürfte, daß das nur zum Behuf der actio Publiciana nöthig geworden, so hat man doch damit zugestanden, daß den Römern ein Analogon der Tradition bey Servituten bekannt war! Ferner die Requisite der actio Publiciana sind doch beym Eigenthum geringer, als die der civilrechtlichen Vindication, wie sollte nun bey Servituten umgekehrt die erste Klage durch Tradition bedingt seyn, die letztere blos durch Vertrag? Freylich kann dort und nicht

29) Gaj. II, 19, 28. L. 43. §. 1. D. de dom. (41, 1.)

30) L. 32. §. 1. D. de S. P. U. (8, 2.) L. 3. prd. de poss. (41, 2.) L. 4. §. 27. D. de dom. (41, 1.). L. 1. §. 8. D. quod legat. (43, 3.).

31) L. 25. pr. D. de O. et A. (44, 7.).

32) §. 2. J. de actt. Du Roi a. a O. S. 253 ff.

33) L. 3. pr. D. de usufr. (7, 1.). L. 20. D. de serv. (8, 1.).

hier der Besteller ein Nichteigenthümer seyn, aber wir haben kein Analogon dafür, daß deshalb die übrigen Requisite erschwert worden seyen, und von jeher war der prätorische Schutz leichter zu erlangen, als der civilrechtliche! Man wird daher versucht, in Bezug auf die erforderten Requisite zu sagen, was Julian [34]) vom erworbenen Rechte selbst sagt: „Est absurdum plus juris habere eos qui *possessionem duntaxat* ususfructus non etiam *dominum* adepti sunt.“

Bekanntlich gibt es Fälle, wo Eigenthum ohne Besitz entsteht, in solchen wird auch die Publiciana actio ohne vorher gehabten Besitz gestattet [35]), z. B. in Folge des Scti Trebelliani bey einzelnen Sachen aus der vom Fiduciar im Ganzen restituirten Erbschaft. So sollte man erwarten, daß, wenn wirklich schon der bloße Vertrag zur Bestellung einer Servitut genügt, auch zur a. Publiciana mehr nicht nöthig seyn könne.

Der in unsern Quellen vorkommende Gegensatz von dominium und possessio juris oder jure (civilrechtlich) und blos tuitione Praetoris entstehender Servitut [36]), ist derselbe, wie der eines meum esse ex jure Quiritium und eines bloßen in bonis esse, und keineswegs darf, wie Dü Roi (S. 284 bis 286) mit Recht bemerkt hat, bey der prätorisch geschützten Servitut in der Regel an einen bestellenden non dominus gedacht worden [37]). Vielmehr gibt L. 11. §. 1. D. de Publ. diese Publicianische Klage, „si quis per domum *suam* (nicht

34) L. 3. D. si usufr. pet. (7, 5.).

35) L. 1. fin. L. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. de Publ. (6, 2.). Freylich ist das neuerdings geläugnet worden von *C. J. Guyet* de public. in rem actione, Heidelb. 1823, pag. 47—50.

36) Vatic. fragm. §. 61; L. 11. §. 1. D. de Publ. (6, 2.); L. 3. D. si usufr. pet. (7, 6); L. 9. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. (7, 9); L. 1. §. 2. D. de S. P. R. (8, 3.): L. 16. D. si serv. vind. (8. 5.).

37) So Schmidtlein p. 84 sqq.

alienam) passus est aquaeductum transduci"; und ferner in L. 16. D. si serv. vind. ist die Frage: „si a te emero *ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere*, et postea te sciente ex causa emtionis immissum habeam — an ex hac causa actione quadam vel exceptione *tuendus* sim?" Also ob prätorischer Schutz zu Theil werde? und die Antwort ist bejahend („respondi, utroque auxilio me usurum"). Ferner sagt L. 1. §. 2. D. de S. P. R. ganz allgemein: „Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris." Die Tradition ist nämlich das wirkliche Einführen, die Uebergabe gerade wie die einer res corporalis, indem solches bey persönlichen Servituten wegen der damit verbundenen Detention der Sache selbst immer geschehen kann; so daß hier die Tradition, sofern sie erforderlich ist, in der Art vollzogen werden muß [38]). Patientia ist der mit Wissen des Bestellers begonnene usus, welcher bey den Prädialservituten, z. B. durch Begehung der Via so gut, wie durch Immittiren des Balkens die Stelle der Tradition vertreten darf [39]). Auch die L. 1. §. 9. de superf. („Servitutes quoque Praetorio jure constituentur, et ipsae ad exemplum earum, quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus pe-

38) L. 3. D. de usufr. (7, 1.): Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur *dare alicui usumfructum*. Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui. — Savigny a. a. O. S. 447.

39) L. 20. D. de S. P. R. — So läßt sich das Erwähnen der patientia (als Quasi-Tradition) neben der (wirklichen) Tradition (s. auch die Stelle der vorigen Note) erklären, ohne daß man genöthigt ist, mit Dü Roi, S. 289 Note 60), die patientia für synonym mit der consuetudo zu erklären, durch welche Servituten ebenfalls entstehen. Diese consuetudo beruht allerdings auch auf patientia, aber auf fortgesetzter. — Doch ist diese Meinungsverschiedenheit auf unsre gegenwärtige Frage ohne Einfluß.

tentur.«) spricht von nach prätorischem Recht constituirter Servitut selbst, nicht von ihrer bloßen bonae fidei possessio. Und warum soll ein ex causa fideicommissi tradirter Usus-fructus nicht eben so vollständig seyn, wie ein legitime constituirter? Dieser Gegensatz kömmt nämlich in L. 3. D. si ususfr. pet. vor, und ist natürlich nur der Gegensatz zwischen der Uebergabe eines Fiduciars, die überall nur ein in bonis esse gibt [40]), und der im alten Civilrecht begründeten Bestellung, nicht aber zwischen dominium und bonae fidei possessio servitutis. — Für das alte Recht geht also das Resultat dahin, daß auch, wenn da, wo eine Servitut ex jure Quiritium erworben werden konnte, die Bestellung nicht auf dem dazu erforderlichen Wege (durch mancipatio oder in jure cessio) sondern nur durch simple Induction oder Nichtwidersprechen bey der Ausübung bewerkstelligt worden ist, blos prätorischer Schutz begründet werden konnte. Wie nun jene civilrechtliche Bestellungsform wegfiel, so blieb das Institut des prätorischen Schutzes allein übrig [41]); gerade wie auch beym Eigenthum nicht etwa das in bonis esse kassirt worden ist, sondern das bloße ex jure Quiritium [42]) Das in bonis esse war schon seit lange her, zumal nachdem der processualische Unterschied zwischen vindicatio und actio, zwischen directa und utilis vindicatio verschwunden war, so wirksam, als das s. g. quiritarische Eigenthum; und so war im Grunde, da man das Mancipiren ohne Nachtheil unterlassen konnte, dieses Eigenthum (wie das so oft der Fall ist) schon von selbst verschwunden, als Justinian erklärte, daß es nur Ein Eigenthum gebe. Ging es ja damals wie noch heute, daß man in juristischen Schriften, wie z. B. in Compendien des practischen Rechts, Theorien als geltend vorträgt, die im practischen Leben längst verschwunden sind, z. B. die Fristen

40) L. 63. pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.).

41) Du Roi S. 286.

42) L. un. C. de nudo (ex) jure Quirit. tollendo (7, 25.).

der bonorum possessio [43]). — So hat es sich denn auch bey Servituten von selbst gemacht, daß man bey untergegangener in jure cessio (und mancipatio) blos tradirte, und da die Folgen am Ende dieselben waren, wie wenn jene Formen noch existirten; so war so wenig wie bey dem Eigenthum ein Bedürfniß da, an die Stelle der untergegangenen Form eine neue treten zu lassen. Der Beweis liegt eben in den Pandectenstellen, die wir weder auf den bestellenden non dominus zu beschränken das Recht, noch als für uns unverbindlich anzusehen einen gehörigen Grund haben. Obgleich nämlich der Gegensatz zwischen dominium und possessio servitutis veraltet ist, so können wir doch der Sache nach das, was die Stellen sagen, noch heute anwenden, und es hat also die Compilation hier wie so oft [44]) noch einen wissenschaftlichen Unterschied stehen lassen, um nicht den historischen Faden zu zerreißen, der in den Stand setzen muß, Justinians Vorschriften gemäß das practische Resultat da selbst zu ziehen, wo Interpolation zu schwer gewesen wäre, oder zu sehr den ursprünglichen Zusammenhang entstellt haben würde.

Diese Darstellung könnte mit Grund nicht bezweifelt werden, wenn nicht Gajus in seinen Institutionen (II, 31), in den Pandecten (L. 3. pr. D. de usufr.), und aus ihm Justinian in den anfangs erwähnten Institutionenstellen von Entstehung der Servituten pactis et stipulationibus sprächen. Hinsichtlich jener ersten Stelle trete ich unbedenklich DüRoi's Erklärung bey. Gajus spricht in seinem ganzen Zusammenhange nur vom dominium servitutis, von civilrechtlicher Erwerbung des usus fructus und der jura praediorum. Des

43) Hugo in seinem Lehrbuche des heut. Röm. Rechts, 6te Ausg. S. 139 hat hier auf das Unpraktische aufmerksam gemacht.

44) Z. B. die Eintheilung in juris gentium (naturales) und jure civili (civiles) acquisitiones §. 11. J. de rer. divis.; *in fin.* J. de usu (2, 5); L. 23. pr. D. de rei vind. (6, 1.); L. 1. pr. D. de A. R. D. (41, 1.).

Instituts der prätorischen Tuition gedenkt er gar nicht [45]): „Sed haec, fährt er in §. 31. fort, scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt, alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi u. s. w. constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt." Nämlich am Provinzialboden ist überhaupt kein ex jure Quiritium, weder am ganzen Boden noch theilweise (an der Servitut) möglich, selbst nicht durch wirkliche in jure cessio [46]); man mußte sich also mit Bestellung der jura als Obligationen zufrieden geben, was nämlich so geschah, daß dem bestellenden Vertrag (pactio) noch eine Poenalstipulation auf den Fall, daß man die Ausübung hindern werde, beygefügt wird. Daß so die pactiones et stipulationes zu verstehen seyen, soll hernach bey Erläuterung der Justinianischen Stellen nachgewiesen werden. Ob prätorischer Schutz der Servitut als jus auch nur wirklich zu des Gajus Zeit zulässig war, ist noch sehr die Frage [47]).

45) So auch Paulus in Vat. fragm. §. 45 sqq.

46) Gaj. II, 46, auch II, 7.; L. un. C. de usuc. transf., pr. J. de usucap.

47) Schmidtlein p. 75 sqq. p. 101 sqq. findet in jener Stelle des Gajus geradezu eine, wie er sich ausdrückt, servitus bonitaria, und zugleich den Beweis, daß bonitariae servitutes durch Vertrag entstanden!! Da nun das Recht am Provinzialboden zu Justinians Zeit das allgemeine war, so mußte natürlich zu seiner Zeit der Vertrag die allgemeine Bestellungsform aller Servituten gewesen seyn. Indessen steht der unerwiesene Vordersatz, welcher ein in bonis esse durch bloßen Vertrag entstehen läßt, im Widerspruch mit allen den Stellen, die erst an die Tradition die tuitio Praetoris knüpfen. Der andere Beweis, daß Gajus wirklich eine Servitut als dingliches Recht am Provinzialboden im Auge haben mußte, fällt dem Verf. freylich nicht schwer, da er sich auf die Stelle von Alexander Sever beruft, *„sub cujus imperio Gajum institutiones scripsisse certum est"* *!!* (p. 79 in fin.)

Alexander Sever hat allerdings in diesem Sinne rescribirt [48]) in den Worten:

Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint quae servitutes constituunt (natürlich Consens und Tradition); *tueri* enim *placita* inter contrahentes debent (d. h. das, was unter den Partheyen, natürlich in gehöriger Form [si ea praecesserint], beliebt worden ist [49])).

Aber eben da es möglich ist, daß zur Zeit, da Gajus seine Institutionen vollendete, nämlich im Anfange der Regierung des Marcus Antoninus, also etwa 60 Jahre vor jener Constitution vom J. 224 n. Chr., die am Provinzialboden bestellte Servitut — als solche auch noch keinen prätorischen Schutz fand, so begreift man um so leichter, wie Gajus nur auf die vertragsmäßige Hülfe verweisen konnte. Wenn aber die Stelle in des Gajus Institutionen nach dem damals geltenden Rechte nicht von einer Servitut als dingliches Recht verstanden werden kann, und folglich zu jener Zeit Mißdeutung nicht möglich war: so befriedigt es auf der andern Seite keinesweges, wenn man eben diese Erklärung auf Justinians, ganz unabhängig von einer Beziehung auf Provinzialboden in seinen Institutionen zweymal vorkommenden Worte anwenden will, wie das Dü Roi's Meinung zu seyn scheint. Die ältern Erklärungen sind immer eine von beyden; entweder Justinian rede hier nur von der Art und Weise, wie man sich zur Bestellung einer Servitut verpflichte, nicht von der Bestellung selbst [50]), oder es verstehe sich von selbst, daß vom

48) L. 3. C. de serv. (3, 34.)

49) Schmidtlein p. 80 sqq. findet nämlich auch in dem Worte *placita* einen Beweis für blos vertragsmäßige Entstehung, aber beweist nicht schon das Wort possessio in allen von der *tuitio* sprechenden Stellen für die Nothwendigkeit der Tradition?

50) Z. B. *Otto* ad Instt. l. c.

Vertrag nur unter Voraussetzung hinzukommender Tradition die Rede sey [51]). Die erste Erklärung verdient, da sie mit den Worten im Widerspruch steht („si quis velit aliquod jus *constituere*"), keiner Widerlegung — die letztere ist denn allerdings so eine, mit der man sich in der Noth helfen müßte. Es wird auch sonst wohl gesagt, der Kauf gäbe Eigenthum, wo es sich von selbst versteht, daß es der bloße Vertrag nicht thut, oder umgekehrt, die Tradition gebe Eigenthum, natürlich unter Voraussetzung einer justa causa. Allein diese ungenaue Art zu reden finden wir gewiß nicht da, wo gerade von der Art und Weise der Bestellung ex professo gehandelt werden soll. Insbesondere im §. 1. J. de usufr. ist zuerst vom legirten Nießbrauch die Rede, und wie vor Justinian das Vindicationslegat, so gibt bekanntlich nach Justinianischem Recht wo möglich jedes Legat das Recht, auch die nicht tradirte Sache zu vindiciren; Servituten konnten aber eben so wie das Eigenthum per vindicationem legirt, also lege (ipso jure) erworben werden [52]). Wenn also Justinian so fortfährt: „*Sine testamento* si quis velit usumfructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet"; so kann, wie nicht bey dem ususfructus *ex testamento*, so auch nicht bey dem *sine* testamento der Sinn der Worte der seyn, daß noch an die Nothwendigkeit einer besondern supplirenden Tradition gedacht werden müsse. — Auch der zusammengesetzte Ausdruck pactio et stipulatio sollte aufmerksam machen, daß eine andere Beziehung im Hin-

---

51) *Galvani* de usufr. Dissertt. c. 16 u. cap. 18, wo weitläuftig über pacta und stipulationes geredet, und die Natur des Contracts herausgefunden werden soll, durch den Servituten bestellt werden können, versteht sich, wenn (cap. 18 nr. X) Tradition hinzukömmt. S. auch vor Allen *Vinnius* l. c.

52) Paul. III, 6. §. 17. L. 34. §. 14. D. de leg. I. (30). L. 23. D. de leg. II. (31.) L. 10. D. de usu etc. leg. (33, 2). L. 5. §. 14. de doli exc. (44, 4.).

tergrunde liege. Und wäre andrerseits das pactum an die Stelle der in jure cessio getreten, warum der Zusatz: „*et stipulatio*"? Schmidtlein antwortet (pag. 78 fin.): „Vix necessarium erit monere quod pactum faciat multo magis stipulationem facere posse". Warum aber wird immer beydes zusammen gefordert, da ja Niemand zweifelt, daß durch Stipulation dasjenige geschehen könne, wozu schon bloßes Pactum hinreicht? oder vielmehr da alsdann die Stipulation nur als Pactum zu betrachten ist, ähnlich dem, was Julian von der acceptilatio sagt, sobald sie zur Auflösung nudo consensu entstandener Obligationen gebraucht wird: „acceptilatio in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet" [53]). — Endlich in L. 25. §. 7. D. de usufr. [54]) wird sogar gesagt, daß eine Servitut bestellt werden könne durch Legat, durch Stipulation oder durch Tradition, wobey also der Ausweg einer neben dem Vertrag subintelligirten Tradition eben so unmöglich wird, als die Erklärung gewiß eine gezwungene ist, wonach durch Tradition die Servitut als bonae fidei possessio und durch Stipulation als jus entstände [55]). Aber eben diese Stelle führt auf den rechten Weg.

Nämlich die Stipulation des Inhalts: „man werde eine Servitut bestellen (viam ad fundum dari)" ist noch auf keinen

---

53) L. 5. pr. D. de resc. vend. (18, 5).

54) „Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat quoties *jure legati usufructus sit constitutus*, *an et si per traditionem*, *vel stipulationem*, *vel alium* quemcunque *modum?* —

55) So müßten wenigstens die Gegner, um sich consequent zu bleiben, die Stelle erklären, obgleich sie Schmidtlein für sich anführt, um zu beweisen, „ut stipulatio ad acquirendum jus servitutis *idem valeat ac traditio*" (p. 110 a. A.) Aber nach seinen Prämissen wirkt ja die Tradition nicht idem, sondern nur bonae fidei possessio.

Fall gleich einer constituirten Servitut[56]), es muß also eben so wie bey einer per damnationem legirten Servitut die Bestellung erst durch Uebergabe bewerkstelligt werden. Allein wenn jemand eine Servitut durch Vertrag, z. B. venditio, bereits zugesagt hat, und sich nun durch irgend eine, wenn auch blos promissorische Caution anheischig macht: „er wolle der Benutzung nicht im Wege stehen", ob eine so gefaßte Stipulation nicht eine wirklich beginnende Ausübung entbehrlich mache, d. h. schon als die Tradition selbst zu betrachten sey — darüber war wirklich bey den Römern gestritten worden:

L. 20. D. de serv. *Javolenus* lib. 5. ex posteriorib. *Labeonis*.

Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, *per te non fieri quo minus eo jure uti possit:* quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. *Ego* puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Labeo's Meinung hat auch Pomponius getheilt, der in L. 3. §. 2. D. de A. E. also sich ausdrückt:

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes, per te non fieri quo minus utar,

und damit einverstanden waren, wie schon der hier ganz isolirt und unwidersprochen hingestellte Ausspruch zeigt, die Verfasser der Compilation. Jene dem Pactum beygefügte Clausel also, die nach der Meinung des Javolenus und Gajus,

---

56) L. 136. §. 1. D. de V. O. (45, 1.): „Si qui *viam ad fundum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus *ante constitutam servitutem* alienaverit, evanescit stipulatio."

welche beyde Cassianer waren, nur obligatio zu erzeugen im Stande ist, sollte nach der von Justinian gebilligten Meinung Labeo's, des s. g. Stifters der Proculejanischen Sekte, die Tradition selbst vertreten können. In diesem Sinne also will Justinian durch pactiones et stipulationes Servituten entstehen lassen, und so sollen also auch nach dem Willen der Compilatoren die ursprünglich — wie seine Institutionen beweisen — in einem andern Sinne ausgesprochenen Worte des Gajus im zweyten Buche seiner res cottidianae [57]) nunmehr verstanden werden [58]). Dafür spricht auch die Paraphrase des Theophilus, die keineswegs einer hinzuzudenkenden Tradition Erwähnung thut, sondern Folgendes sagt [59]): „Qui autem vicino servitutem vult concedere, per conventiones et stipulationes hoc facere potest. Facta enim

57) Nämlich in L. 3. pr. D. de usufr.; *Omnium* praediorum jure legati potest constitui ususfructus etc. Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. — Sollte nicht jenes *omnium* vermuthen lassen, daß im ursprünglichen Zusammenhange dieser Worte ebenfalls der Unterschied zwischen Provinzial — und Italischem Boden noch berücksichtigt worden war!

58) Schmidtlein p. 104 sq. legt darauf Gewicht, daß der von Gaius gebrauchte Ausdruck efficere *potest* in Justinians Institutionen in efficere *debet* umgewandelt worden ist. Könnte man das nicht so erklären? Gajus sagt, da, wo eine Servitut als dingliches Recht nicht bestellt werden darf, am Provinzialboden, da kannst Du Dir einigermaßen helfen mittelst Pactum und beygefügter Pönalstipulation. Justinian, von wirklicher Servitut sprechend, sagt: Willst Du die bestellen, so mußt Du zum wenigsten den Weg einer, dem Vertrag beygefügten promissorischen Caution einschlagen — womit doch nicht geläugnet werden kann, daß das Majus, die zum Vertrag hinzukommende Tradition selbst, dieselbe Wirkung hat.

59) Theoph. II, 4. §. 4. Im Text ist die Reitzische Uebersetzung copirt.

conventione de concedenda servitute, rogat qui eam accepturus est per concessionem: spondesne manere ac stare concessa servitute? Et si non steteris, spondesne dare mihi poenae nomine centum aureos? — In der Regel muß mithin Tradition zum Vertrag hinzukommen, es sey denn, man würde neben dem Vertrag noch insbesondere die Caution stellen, daß man der Ausübung der Servitut nicht hinderlich seyn wolle, was alsdann so viel seyn soll, wie wirkliche Tradition. Mit Recht sagt also L. 25. §. 7. cit. es entstehe die Servitut durch Tradition (die ist zuerst genannt als das Regelmäßige) oder durch (der Tradition gleichgestellte) Stipulation [60].

60) Schmidtlein bemerkt, er habe, wenn es nöthig wäre, noch manches Argument in Petto (p. 106—110). Was er indessen hervorhebt, ist noch Folgendes: 1) In L. 3. §. 14. de vi (43, 16.) wurde demjenigen Usufructuar das interdictum unde vi gegeben, der nach begonnenem Genusse herausgeworfen worden sey, während „si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet, quid ergo est? debet fructuarius usumfructum vindicare.“ Ich dürfte nur an den (per vindicationem) legirten Usufructus erinnern, den allerdings der Legatar vindiciren kann, noch ehe er ihn besessen hatte. Freylich spricht Ulpian allgemein, aber doch nur von einem wirklichen Usufructuar, dem dennoch, wenn er nicht bereits besessen habe, das Interdict nicht zustehe. In der Regel wird nun allerdings jenes Recht erst mit dem Besitz entstehen, Ulpian denkt also an die Fälle, wo es nicht so ist! Aber es könnte auch an einen durch die promissorische Caution bestellten Usufructus gedacht werden, da dieses Surrogat der Tradition zur Begründung des interdicti unde vi, welches wirkliche Dejection aus einem äußerlich erkennbaren factischen Zustande erfordert, nicht hinreichend seyn mag; und gerade in dieser Beziehung wird auch in *cit. L. 20 fin. D. de serv.* wirklicher *usus* gefordert. — 2) In L. 14. pr. C. de serv. (3, 34.) entscheidet Justinian einen Streit über die zum Verlust durch non usus bey servitutibus discontinuis

Bey negativen Servituten genügt der Vertrag. Darüber ist man jetzt einverstanden. Freylich wurde hin und wieder nicht etwa blos zur Erwerbung des Besitzes, sondern auch des Rechtes ein (symbolisches) Handeln und Verbieten gefordert — so überzeugt war man von der Nothwendigkeit der Tradition zur Erwerbung der Servituten. Indessen ist jenes Maneuvre unnöthig, nicht blos für den Besitz, der factisch schon von selbst da ist und durch den hinzukommenden Rechtstitel zu einem juristischen wird [61]), sondern auch für das Recht; denn eben weil der Besitz factisch schon da ist, so wird nur scheinbar durch bloßen Vertrag das Recht erworben, es ist nichts als eine s. g. traditio brevi manu.

---

nöthige Zeit, wobey denn von einer Beredung, binnen 5 Jahren nur ein einzigesmal über den Acker zu gehn u. s. w., die Rede ist. Justinian verfügt, daß eine solche Servitut erst, wenn man 4 Quinquennia hindurch nicht ein Einzigesmal davon Gebrauch gemacht habe, verloren gehe. — Dabey leugnet aber der Kaiser nicht, daß die Servitut bereits constituirt gewesen seyn müsse, daß also, ehe die Fristen des non usus zu laufen anfingen, eine Ausübung statt gehabt haben könne. Er beruft sich aufs Pactum, weil es auf dessen Conception, auf die Art der Concession ankam, nicht aber um anzudeuten oder vorauszusehen, daß das Pactum genüge. Noch schwächer ist das 3) aus L. 4. C. de usufr. (3, 33.) genommene Argument, wornach „usufructu constituto" eine Satisdation nöthig ist, nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est; d. h. es mag nun die constitutio ususfructus Folge eines Testaments oder eines Contracts gewesen seyn. Schmidtlein meint, daß der Contract selbst constituire, beweise Gleichstellung mit dem Testamente, worin das Legatum ebenfalls selbst constituire — allein er entsinne sich nur des legati per damnationem! Eben weil das Testament nicht immer und der Contract höchstens mittelst hinzugefügter Caution zur Constituirung hinreicht, so hat die Stelle, welche nicht von der Art und Weise des Bestellens, sondern nur von dem veranlassenden Grunde sprechen wollte, beydes geradezu neben einander stellen können.

61) Savigny Besitz, 4te A. S. 466 fgg.

Servituten, die man sich bey Veräußerung der res corporalis *reservirt*, bedürfen ebenfalls keiner abgesonderten Bestellung mittelst Tradition, natürlich deßhalb, weil wer theilweise behält, was er vorher ganz hatte, nicht den zur selbstständigen *Erwerbung* jenes Theils nöthigen Formen unterworfen seyn kann. Daher kann auf dem Wege der Reservation selbst der Usufructus, welcher an sich nicht mancipirt werden kann, durch Mancipation erworben werden, nämlich durch reservirende Clausel bey Mancipation der Hauptsache [62]. Aber gerade bey der Reservation spricht sich am entschiedensten die Nothwendigkeit einer Tradition zur Erwerbung von Servituten aus. Denn *bey dem Act der Tradition* des dienenden Objects muß die Reservation Statt haben, und wer es unterläßt, der ist, trotz der dem *vorangegangenen* Vertrag beygefügten reservirenden Clausel, dennoch auf eine blos persönliche Klage (es sey nun condictio etwa sine causa oder indebiti, oder actio venditi u. s. w.) reducirt:

L. 35. D. de serv. (8, 1.)

Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet, *servas fore*, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere ut servitus imponatur.

Eben so

L. 6. §. ult. D. comm. praed. (8, 4.)

— — si in venditione quis dixerit, *servas fore aedes quas vendidit*, necesse non habet *liberas tradere* — — —. Haec ita demum si recipiendae servitutis gratia *id in traditione expressum est.*

L. 19. pr. D. quemadm. serv. am. (8, 6.)

Si partem fundi vendendo lege caverim, *uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem:* et statutum tempus intercesserit, *antequam rivum facerem* nihil juris

62) Gaj. II, 33, Vatic. fragm. §. 47, §. 50.

amitto: quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi jus integrum: quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Man muß dem Verfasser der mehrgedachten Abhandlung die Gerechtigkeit widerfahren lassen, daß er sich vielfach bemüht hat, diese Stellen aus dem Wege zu räumen (p. 112 sqq.), doch überhebt mich, meiner Meinung nach, ihr einfacher Eindruck selbst jeder polemischen Erörterung der Art.

Noch wird das, was ich oben über die Verbindung der Stipulation mit dem Pactum bemerkt hatte, unterstützt durch eine Stelle [63]), in welcher der Fall besprochen wird, daß A und B zwey Aecker gemeinschaftlich im Eigenthum hatten, sich darin theilten, aber bey der wechselseitigen Uebergabe ausmachten, »*ut alteri per alterum agere ducere liceret*«. Man konnte das nach den Grundsätzen der Reservation beurtheilen, und also antworten, wie der Verfasser, Africanus, wirklich antwortet: „recte esse servitutem impositam". Indessen wer subtil seyn wollte, könnte die Einwendung machen, daß doch keiner der concedirenden Personen an dem weggegebenen Theile das Eigenthum allein hatte, also die Reservation auch auf die ideale fremde Hälfte bezogen werden müsse! Wohl im Gefühl dieses Zweifels setzt der Jurist hinzu: „maxime si pacto stipulatio subdita sit". Also eine, dem Theilungsvertrag noch beygefügte, Stipulation konnte jeder Schwierigkeit begegnen [64]).

Somit ist es denn überall, bey positiven wie negativen, reservirten und concedirten Servituten, nie der bloße Vertrag allein und an sich, der die Servituten zu constituiren im Stande wäre.

63) L. 33. D. de S. P. R. (8, 3).

64) Auch dadurch also wird jeder Versuch widerlegt, die pactiones *et* stipulationes so zu verstehen, als wenn es hieße: pactiones *vel* stipulationes, und dann etwa bald blos pactum, bald stipulatio zu fordern.